

Diss.

21/5
(30)

Diff. 2175 (30.)

U e b e r
die Rechtskraft
im allgemeinen
und
insbesondere bei interlocutorischen
Erkenntnissen.

Inauguralabhandlung
von
C a r l F r i d e r i c h ,
beider Rechte Doctor.



W ü r z b u r g 1 8 2 9.

Gedruckt bei Carl Wilhelm Becker, Universitäts-
Buchdrucker.

146. a.

die Rechtskraft

im Allgemeinen

von

inbesondere bei internationalen

Verhältnissen

von

von

Carl F. v. S.

Lehrer an der Universität



V o r w o r t.

Der Stoff der gegenwärtigen Abhandlung ist zwar schon vielfach von Rechtsgelehrten bearbeitet worden; allein theils wegen des grossen legislativen Interesse, theils weil von allen Bearbeitern nie zugleich die Lösung der drei zur vollständigen Behandlung einer Rechtslehre zu stellenden Fragen: „1) Was ist Rechtens? 2) Wie ist es Rechtens geworden? 3) Was sollte Rechtens seyn?“ versucht wurde, mag eine neue Bearbeitung nicht überflüssig seyn.

Kundige Richter mögen darüber urtheilen, ob der Verfasser das sich gesteckte Ziel einer vollständigen dogmatischen, historischen und legislativen Darstellung dieser Materie erreicht habe. Diese werden nie die Billigkeit außer Acht lassen, auf die der junge Mann bei seiner Jungfern-Rede (maiden-speech) Anspruch machen kann, und welche den Erstlingen billiger Weise ohnedieß nicht versagt zu werden pflegt.

Würzburg im März 1829.

Dr. Friderich.

U e b e r s i c h t.

I. Allgemeiner Theil.

Ueber die Rechtskraft im Allgemeinen.

§. 1.

1) Einleitung. Begriff der Rechtskraft.

§. 2.

2) Wann tritt die Rechtskraft ein?

§. 3.

3) Wie weit erstreckt sich die Rechtskraft, und was wirkt sie?

§. 4.

4) Geschichte der Rechtskraft.

II. Besonderer Theil. Ueber die Rechtskraft der Interlokute.

§. 5.

- 1) Begriff und Arten der interlokutorischen Erkenntnisse.

§. 6.

- 2) Inwiefern sind interlokutorische Erkenntniss der Rechtskraft fähig?

A. Historische Beantwortung.

§. 7.

B. Dogmatische Beantwortung.

§. 8.

C. Legislative Beantwortung.

I.

Allgemeiner Theil.

Ueber die Rechtskraft im Allgemeinen.

§. 1.

1) Einleitung. Begriff der Rechtskraft.

Der Begriff der Rechtskraft hängt zusammen mit dem Begriffe des förmlichen Rechtes. Unter förmlichem Rechte (1) aber versteht man die Erklärung eines competenten Richters über ein ihm vorgelegtes Rechtsverhältniß, worüber unter den Parteien Streit herrschte.

Durch diese Erklärung sollen nun eigentlich keine neuen Rechtsverhältnisse producirt werden; es geht vielmehr der Zweck der richterlichen Entscheidung im Civilprocesse dahin, die zwischen den Parteien schon vor dem Prozesse vorhanden gewesenen Rechtsverhältnisse

(1) Möser patriotische Phantasien IV. Bd. N. XXX. v. Almendingen Metaphysik des Civilprozesses. II. Bd. S. 50. Arch. f. Civ. Prax. I. Bd. S. 365.

als wirklich existirend auszusprechen und zu erklären, d. h. das formelle Recht soll auch materielles Recht seyn.

Allein nach der menschlichen Schwachheit ist dies nicht immer der Fall, und es kann nicht fehlen, daß manches Civilerkenntniß gefällt wird, welches gegen die Gerechtigkeit verstößt, theils wegen der einem jeden richterlichen Urtheile zu Grunde liegenden Thatsachen, wenn diese dem Gerichte unrichtig dargestellt wurden, woran meistens die Nachlässigkeit der Parteien, die während des Prozesseslaufes materielle Unwahrheit zur förmlichen Wahrheit werden liefs, Schuld ist; theils kann aber auch der Grund in einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall liegen, mag diese nun durch Unwissenheit oder durch bösen Willen des Richters hervorgerufen werden.

Im Allgemeinen nun muß angenommen werden, daß Weisheit und Redlichkeit die Grundzüge des officiellen Charakters des Richters sind (2). Dieses Urtheil kündigt der Staat durch seine Wahl den Staatsbürgern an, und es müßten demnach alle Richtersprüche sofort formelles Recht bilden. Allein da die tägliche Geschichte dieses an sich richtige Postulat als

(2) v. Almendingen l. c. S. 158. Cap. 23. X. de elect. (1. 6.) Cap. 6. X. de renunt. (1. 19.) C. 16. i. f. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

historisch unwahr darstellt, da es die Absicht des Staates nicht seyn kann, ungerechte Erkenntnisse zu exequiren, so hat er die Rechtsmittel gegen diese eingeführt, und mehrere Instanzen angeordnet, um so den Parteien Gelegenheit zu geben, theils ihre eigenen Fehler zu verbessern, theils die richterlichen einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen (3). Nun ist zwar auch der Appellationsrichter Mensch, und zollet durch Fehler der Sterblichkeit seinen Tribut, wie Ulpian in L. 1. Pr. de appellat. (49. 1.) sagt: „Licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet, neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est;“ allein theils wird oder sollte doch von dem Obergerichter höhere wissenschaftliche und Geschäftsbildung erwartet werden dürfen (4), theils würden bei der immer wiederkehrenden Mög-

(3) Kraitmayr in den Anmerk. über den Cod. jur. Bavarici jud. Cap. XV. §. 1. äußert sich darüber mit seiner gewohnten guten Laune so: »Indessen kann der löbliche Gebrauch dieses Remedii (appellationis) nicht mißbilligt werden, und scheint auch bei den meisten Völkern in keiner andern Absicht eingeführt worden zu seyn, als damit sich nur Niemand so leicht beklagen könne, daß er gleich auf den ersten Hieb darnieder gemacht worden sey.«

(4) Das Recht der dritten Instanz. München 1828. S. 14.

lichkeit des Irrthums die Prozesse endlos werden. Darum mußte das positive Recht zugleich auch diesen Rechtsmitteln und Instanzen eine Gränze setzen, und verordnen, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Richterspruch nicht weiter angefochten werden könne, daß vielmehr die Parteien demselben, möge er auch irrig oder ungerecht seyn, schlechthin, wie einem Staatsgesetze, Folge zu leisten haben. Diese Unanfechtbarkeit eines Urtheils nun nennt man **Rechtskraft**.

Richtig bemerkt Reinhardt (5), daß man eine Rechtskraft im vollen Sinne des Wortes und eine mindervolle unterscheide, und unter der erstern diejenige Eigenschaft eines Erkenntnisses verstehe, durch welche es durchaus nicht angefochten werden könne, unter mindervoller aber jene, nach welcher es bloß einem oder einigen, nicht aber allen ordentlichen Rechtsmitteln widerstehen könne. Es ist demnach Rechtskraft im gewöhnlichen Sinne die Eigenschaft eines Richterspruches, nach der er durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann.

Der lateinische Ausdruck für Rechtskraft ist *res judicata*; allein dieses Wort hat eine

(5) Handbuch des Prozesses II. Th. S. 301.

doppelte Bedeutung (6), nämlich einmal bezeichnet es das Ende des Rechtsstreites durch den Ausspruch des competenten Richters, so daß die *res judicata* nicht vor der Erlassung des Erkenntnisses, aber zugleich mit dieser eintritt, obschon noch gegen dasselbe appellirt werden kann. So wird es z. B. gebraucht in

L. 7. pr. de transact. (2. 15.) „Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.“

L. 11. eod.

Dagegen bezeichnet *res judicata* oft auch ein Erkenntnis, welches durch Ablauf des 10-tägigen Appellationsfatale, oder auf andere Weise so bekräftiget worden ist, daß es nicht weiter angefochten werden kann. So erklärt Ulpian in L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) den Ausdruck *res judicata* dahin: „Tunc enim rescriptis (die nämlich eine *transactio contra rem judicatam* verbieten) locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest, transigitur.“

§. 2.

2) Wann tritt die Rechtskraft ein?

Der Entstehungsgrund der Rechtskraft ist

(6) Voetius Comment. ad Pand. L. XLII. lit. 1. Nr. 2.

nach dem §. 1 entwickelten Begriffe derselben nicht in dem Willen der Parteien zu suchen, sondern vielmehr in der Eigenschaft des richterlichen Ausspruches, kraft welcher er als Ausspruch der Staatsgewalt selbst anzusehen ist, und das konkrete Gesetz für das besondere Streitverhältniß bildet, welches gleich den allgemeinen Normen der gesetzgebenden Gewalt allgemein anerkannt und befolgt werden muß. Daraus geht aber auch hervor, daß nicht aus allen richterlichen Verfügungen die Rechtskraft entsteht (7), sondern nur aus den eigentlichen Sentenzen, die nach vorhergegangenen oder doch eingeleitetem rechtlichen Gehöre der Parteien erlassen wurden. Nur in soferne hat der Wille der Parteien Einfluß auf die Entstehung der Rechtskraft, als das Gesetz ihnen die Wohlthaten der Rechtsmittel eingeräumt hat, welcher sich zu bedienen oder nicht zu bedienen von ihrer Willkühr abhängt; wiewohl auch diese Wohlthaten wieder, damit die Vollziehbarkeit richterlicher Erkenntnisse nicht zu sehr problematisch und willkührlich verzögert werden könnte, durch die Appellationsformalien, zu welchen vor allem das Interpositionsfatale gehört, bedingt sind (8). Es kann demnach die Rechtskraft entstehen

(7) L. 7. C. de sent. et inter. (7. 45.).

(8) v. Almen'dingen a. a. O. S. 171.

I. durch den Willen der Parteien selbst;
dieses ist der Fall:

1) wenn beide Parteien, oder die sich beschwert glaubende ausdrücklich entweder vor der Publikation des Erkenntnisses, oder nach dieser vor Ablauf des Interpositionsfatale auf den Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel Verzicht geleistet haben (9);

2) wenn der Verurtheilte dem Erkenntnisse selbst Folge leistet, oder sich auch nur eine Frist hiezu erbittet (10);

3) wenn die Partei, welche Ursache gehabt hätte, sich gegen das Urtheil zu beschweren, zehn Tage nach der Publikation desselben verstreichen läßt, ohne ein ordentliches Rechtsmittel dagegen einzuwenden (11).

II. Ohne den Willen der Partei kraft unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift. Dies ist der Fall

1) bey jedem Erkenntnisse, welches die nothwendigen Folgen eines abgeleisteten freiwilligen Eides ausspricht (12); jedoch kann

(9) L. 1. §. 3. a quib. appell. (49. 2.) L. 5. §. 6. C. de tempor. et repar. (7. 63.)

(10) L. 5. C. de re judic. (7. 52.)

(11) Nov. 23. Cap. 1. Cap. 15. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

(12) L. 12. §. 3. C. de reb. cred. (4. 1.)

selbst ein solches Erkenntniss, wenn es diese Folgen zu weit ausdehnt, angefochten werden;

2) ein Inhäsiiv-Bescheid kann nicht angefochten werden, d. h. jedes Erkenntniss, welches die bloßen Folgen eines bereits früher rechtskräftigen Theiles eines Erkenntnisses, also in der That nichts Neues enthält (13).

3) Nach dem römischen Rechte (14) ist das gegen eine Partei wegen ihres beharrlichen Ungehorsams ergangene Erkenntniss ebenfalls schon ipso jure rechtskräftig. Wohl ist diese Strafe des Ungehorsams sehr strenge, allein darum ist man noch nicht berechtigt, aus dem sogenannten Geiste des Gesetzes dessen deutliche Bestimmungen willkührlich zu beschränken (15). Nur ist dabei nicht bloß eine contumacia in einer einzelnen Prozeßhandlung, sondern ein Ungehorsam in Bezug auf das ganze Verfahren vorauszusetzen (16). Auch wird der Ungehorsame dadurch nicht ganz rechtlos und der Willkühr seiner Richter Preis gegeben; denn wenn in modo der Bestrafung seiner contumacia gefehlt wäre, so würde dies gegen die

(13) Gönner III. Bd. N. LXI. §. 13. 20.

(14) L. 1 C. quor. appell. non rec. (7. 65.) Nov. 82. Cap. 5.

(15) Gönner a. a. O. §. 9—11. v. Grolmann §. 213.

(16) Lauterbach Coll. L. 49. tit. 1. §. 20.

gesetzlichen Regeln des Verfahrens anstossen, und als Nullität angefochten werden können (17).

4) Nach dem römischen (18) und kanonischen (19) Rechte ist bestimmt, daß wegen des nämlichen Erkenntnisses mehr nicht, als zweimal appellirt werden dürfe. Dabei ist aber nicht bestimmt, ob stäts dieselbe Partei der Appellant, und folglich auch nicht, ob die ergangenen Urtheile gleichlautend seyn müssen; sondern der ganze Satz beruht darauf, daß durch zweimalige Appellation die römischen Rechtsmittel erschöpft waren, die ganze Reihe der Instanzen durchgegangen ist. In Teutschland dagegen verstand man den Satz nur in dem Sinne, daß die *tertia conformis ipso jure* rechtskräftig sey. Aber da sich im teutschen Prozesse außer der Appellation auch noch andere ordentliche Rechtsmittel ausbildeten, welche die Sache nicht an eine höhere Instanz bringen, sondern nur eine nochmalige Prüfung derselben in der nämlichen Instanz veranlassen, z. B. die Revision, die Läuterung, so entstand denn die Frage: ob, wenn eine Partei sich bereits eines solchen Rechtsmittels bedient habe, sie doch noch zweimal appelliren könne. Sieht man auf die Wortbedeutung von *provocare*, er-

(17) L. 4. C. de sent. et interloc. (7. 55.)

(18) L. un. C. ne liceat (7. 70.) Nov. 82. c. 28.

(19) Cap. 65. X. de sent. et re jud. (2. 28.)

wägt man ferner, daß man jene Vorschrift des römischen Rechtes auf dieses einheimische deutsche Institut um so weniger anwenden kann, weil bei diesem ein wesentlicher Unterschied von der Appellation darin liegt, daß hiebei immer der nämliche Richter bleibt, welcher schwerer von der Unrichtigkeit seiner Meinung zu überzeugen ist, als ein Appellationsgericht, so muß man der bejahenden Beantwortung der Frage seine Bestimmung geben (20). Auch haben die Reichsgerichte immer solche Appellationen zugelassen, wohl schon aus dem politischen Grunde, weil sonst die Reichsstände durch Vermehrung der Suspensivmittel ihre Unterthanen der Jurisdiktion der höchsten Reichsgerichte hätten entziehen können (21)

In Bayern, wo man keine bloße Suspensivmittel kennt, hat die Frage kein praktisches Interesse, sondern hier gilt die Regel, daß das Urtheil der letzten Instanz ohne Weiteres rechtskräftig ist.

Ist übrigens ein Erkenntniß durchaus unverständlich, so geht es nicht in Rechtskraft über (22), doch kann mit dem Deklarationsge-

(20) Mevius I. 63. Gail. obs. I. 73.

(21) Pütter nov. epit. proc. imp. §. 179.

(22) L. 46. de re jud. (42. 1.) Arg. L. 73. §. 3. de R. J. (50. 17.) Arch. f. Civ. Prax. I. Bd. S. 373.

suche zugleich die eventuelle Einwendung eines Rechtsmittels nützlich verbunden werden (23)

§. 3.

3) Wie weit erstreckt sich die Rechtskraft, und was wirkt sie?

Hier gilt als allgemeiner Grundsatz: die Rechtskraft ist das konkrete Gesetz für den konkreten Rechtsfall; daher

1) erstreckt sich im Allgemeinen die Rechtskraft nur auf das, was wirklich konkretes Gesetz für den konkreten Fall ist, d. h. nur auf den dispositiven Theil des Erkenntnisses, nicht auch auf die Entscheidungsgründe; denn nur jener enthält das konkrete Gesetz für den konkreten Fall, da die Entscheidungsgründe hingegen immer allgemeinere auch auf andere Fälle passende Principien enthalten, welche, wenn sie in Rechtskraft übergangen, die richterliche Gewalt in der That zu einer gesetzgebenden erweitern, und so das heilsame Axiom der Trennung der Gewalten verletzen würden. Indes verdient die Frage von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe eine nähere Erörterung Claproth (24) läßt sie schlechthin rechts-

(23) Linde §. 381.

(24) Einl. in den ord. bürgerl. Proz. II §. 210.

kräftig werden, Mevius (25), Böhmer (26) und Sartorius (27) gestatten keine Rechtskraft der Gründe, wenn diese mehr enthalten, als das Urtheil selbst. Die neueren Prozeßlehrer (28) verwerfen die Rechtskraft der Entscheidungsgründe unbedingt; nur Brinkmann (29) stellt den Satz auf, es sey eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe, soweit selbige die Thatsachen betreffen, der Regel nach anzunehmen.

Man erwäge nun folgenden Rechtsfall: die ledige Frauensperson A wufste von der Ehefrau des B eine Wiener Obligation zu 500 fl. nebst 5 Zinscoupons herauszulocken, um gegen Verpfändung derselben irgendwo auf kurze Zeit ein Geldanlehn zu erhalten, und nach baldiger Auslösung dieser Obligation solche wieder zurückzustellen. Diese Obligation verpfändete nun A gegen ein Gelddarlehen von 300 fl. der Wittwe C. Der Ehemann der B trat nun klagbar auf, führte an, daß alles ohne sein Wissen und Willen geschehen sey, die fragliche Obli-

(25) Decis. III. 308.

(26) Jus eccles. Prot. I. 27. §. 14.

(27) D. de rat. dec. utilit. et effectu §. 22.

(28) Gensler Commentar zu Martin §. 109 et 110. C. 4. Linde §. 381. not. 5.

(29) Ueber die richterliche Urtheilsgründe. Kiel 1806. S. 84.

gation aber zu seinem in die Ehe eingebrachten Vermögen gehöre, und hat demnach zu erkennen: daß ihm das Eigenthumsrecht auf die Obligation zustehe, die Beklagte C sonach ihm solche nebst Kostenersatz einzuhändigen schuldig sey.

Die Beklagte setzte mehrere Einreden entgegen, und ließ unter andern auch einfließen, jedenfalls müsse ihr Kläger, weil sie im guten Glauben gewesen sey, die Darlehnssumme von 300 fl. ersetzen. Hierauf erging wörtlich folgendes Erkenntniß:

„Kläger habe in 30 Tagen zerstörlcher Frist
 „rechtsbeständig zu erweisen, daß die von der
 „ledigen A der Beklagten gegen ein Geld-
 „anlehen verpfändete Obligation sub Nro. X.
 „im Betrage zu 500 fl. W. W. mit 2 1/2
 „Prozent verzinslich nebst 5 Zinscoupons
 „sein des Klägers Eigenthum sey. Beklagte
 „dagegen habe in derselben Frist gehörig
 „darzuthun, entweder

„1) daß Kläger seiner Ehefrau die Verwal-
 „tung des Vermögens überlassen, oder

„2) daß der Kläger um die fragliche Ver-
 „pfändung gewußt, oder

„3) daß er sie genehmigt habe.

„Unter Vorbehalt der Entscheidung über die
 „Prozesskosten bis zum Definitiverkennt-
 „nisse.“

In den Entscheidungsgründen heisst es nach vorausgegangener Rechtsdeduktion:

„Daher ist Kläger nicht verbunden, im Falle er sein Eigenthum an der verpfändeten Obligation beweist, der Beklagten das darauf gegebene Darlehen zu ersetzen, die letztere muss sich vielmehr an die ledige A halten.“

Es ist nun keine Frage, dass richtiger der oben angegebene Einwand der Beklagten speciell als *exceptio compensationis vel pluris petitionis* hätte von dem Anwalte vorgetragen und eben so speciell von dem Richter im tenor *sententiae* hätte verworfen werden sollen: da aber dieses nicht geschehen, so fragt es sich weiter: Tritt hier eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe ein? Diese Frage wird hier unbedenklich zu bejahen seyn. Eben so tritt eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe ein in Bezug auf die Frage, ob ein Urtheil nicht deswegen, weil der Richter gegen das bestehende Recht (*contra jus in thesi*) gesprochen habe, nichtig sey (30). Wenn nämlich eine Partei für ihre thatsächlich erwiesene Behauptung ein gewisses gültiges Gesetz in Anspruch nimmt, der Richter aber dessen ungeachtet ungünstig erkennt, so würde das Urtheil nichtig seyn,

(30) Brinkmann a. a. O. S. 27.

wenn der Richter das gültige Gesetz vernachlässigt, beseitigt, kraftlos erachtet hätte (31). Wenn aber im Gegentheile die Gültigkeit des Gesetzes an sich zwar anerkannt wäre, wie sie es verdient, jedoch um deswillen das Gericht gegen das Gesetz gesprochen hätte, weil man meinte, die Thatsache würde nicht von jenem Gesetze ergriffen, sie wäre vielmehr nach andern Vorschriften und Grundsätzen zu beurtheilen; so könnte das Urtheil zwar sehr irrig und unbillig seyn, aber für nichtig wäre es demnach nicht zu achten (32).

Es entsteht nun die Frage, nach welchem Principe ist das Problem über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe zu lösen. Nicht darin, daß sie die Thatsachen betreffen, wie Brinkmann will, kann, da nach dem eben Angegebenen auch in Bezug auf die dem Erkenntnisse zu Grunde liegenden Rechtsnormen die Frage aufgeworfen werden und wichtig seyn kann, das Entscheidende liegen; sondern vielmehr in der Eigenschaft der rechtskräftigen Sentenz als des konkreten Gesetzes für den konkreten Fall. Wie bei den Gesetzen überhaupt, wenn sie an sich klar sind, auf die Motive des Gesetzgebers in der Regel keine Rücksicht zu neh-

(31) L. 1. §. 2. quae sent. sine appell. (49. 8.)

(32) L. 32. de re jud. (42. 1.)

men ist, so ist dieses auch bei den konkreten Gesetzen d. i. den rechtskräftigen Erkenntnissen der Fall: es werden demnach Entscheidungsgründe insoferne rechtskräftig, als man auf sie, um den tenor sententiae, seinem vollen Umfange nach, zu erklären, rekurriren muß.

2) Als bloß konkretes Gesetz erstreckt sich die Rechtskraft auch nur auf das konkrete Faktum, welches der Gegenstand der richterlichen Subsumtion und Entscheidung war. Besonders wichtig ist hier die Frage: Ob durch ein Erkenntniß des Oerrichters, des mit Aufhebung des unterrichtlichen die Klage a limine judicii abweisenden Dekrets, die Verhandlung der Sache anordnet, der nach geschlossener Verhandlung erkennende Richter gebunden werde, so daß er nun die Klage nicht mehr als ungegründet verwerfen könne. Man wird diese Frage verneinen müssen; denn durch dieses Erkenntniß wird nur ausgesprochen, eine Abweisung a limine judicii finde nicht Statt, es sey möglich, daß die Klage im Laufe der weiteren Verhandlungen sich als gegründet zeige. Der Bestimmung der Thatsachen, von welchen die künftige Entscheidung nach verhandelter Sache abhängen soll, liegt ganz außer der Sphäre von prozessleitenden Dekreten, und nur

als ein solches ist ein derartiges Erkenntniß des Oberrichters anzusehen.

3) Die rechtskräftige Sentenz bildet das konkrete Gesetz nur für die Parteien, welche in dem Prozesse wirklich auftreten (33). Die Identität der Parteien ist aber nicht nur dann vorhanden, wenn dieselben Individuen oder deren Erben (34) in einem neuen Rechtsstreite, wo die *exceptio rei judicatae* vorgeschützt werden will, wieder verwickelt sind, die in dem vorigen auftraten, sondern sie ist auch bey einem *successor singularis* alsdann vorhanden, wenn dieser das streitig gewesene und nun entschiedene Recht, selbst oder auch dessen Folgerung von einer der Partei erworben hat, nachdem sie schon in den Prozeß verwickelt war (35). So kann z. B., wenn der Vindicant während des Vindikationsprozesses den Streitgegenstand einem Andern verpfändet, und dann den Prozeß verloren hat, die *exceptio rei judicatae* auch der *actio hypothecaria* des Pfandgläubigers entgegengesetzt werden (36). Ja sogar bei mehreren gleichzeitigen Interessenten des nämlichen Ob-

(33) L. 63. de re jud. (42. 1.) L. 5. L. 7. §. 4. de exc. rei jud. (44. 2.) Cap. 13. X. de sent. (2. 27.)

(34) L. 28. de exc. rei jud. (44. 2.)

(35) Arg. L. 29. §. 1. de exc. rei jud. (44. 2.)

(36) L. 11. §. 10. tit. cit.

jecti litis wirkt die rechtskräftige Sentenz, die gegen einen erfolgt ist, gegen alle übrigen, wenn sie auch an dem Rechtsstreite nicht Theil genommen haben, unter der Voraussetzung, daß ihre Rechte an dem Objectum litis ihnen die Befugniss geben, dem wirklich prozessirenden Mitinteressenten die Führung dieses Prozesses zu untersagen, sie aber dies nicht thaten; dann daß sie von dem ergangenen Urtheile Kenntniss erhielten, sich aber dabei beruhigten (37). Besondere hieher gehörige Vorschriften sind, daß, wenn eine res litigiosa als Vermächtniss hinterlassen wird, und der Erbe den Prozeß gegen den Vindikanten verliert, dieses sonach den Legatarien schadet, sie jedoch das Recht haben, accessorisch zu interveniren (38); wenn aber der eingesetzte Erbe mit der hereditatis petitio unterliegt, und die Legatarien glauben, daß er im Prozesse etwas übersehen habe, so können sie gegen den Besitzer der Erbschaft auftreten, ohne daß ihnen die exceptio rei judicatae schadet (39).

Als eine weitere Ausnahme von der Be-

(37) L. 63. de re jud. (42. 1.) Cap. 25. X. de sentent. (2. 27.) Pufendorf obs. T. III. obs. 64—67.

(38) Nov. 112. Cap. 1.

(39) L. 50. §. 1. de legat. I. (30.) L. 14. §. 1. de app. et rel. (49. 1.)

schränkung der Rechtskraft auf die *personae litigantes* stellt die Praxis noch den Satz auf, daß, wer gegen einen *legitimus contradictor* einen bürgerlichen Zustand vertheidigt, und diesen vom Richter zugesprochen erhält, sich mit dieser *res judicata* gegen jeden schützen kann (40). Wenn nun auch die dafür angeführte L. 25. de statu hominum (1. 5.) „*Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur,*“ mehr aus einem favor libertatis zu erklären seyn möchte, wenn auch die L. 1. i. f. de agnosc. et alend. liberis (25. 3.) u. L. 2. et 3. pr. eod. diese allgemeine Vorschrift nicht enthalten, so läßt sich dieser Satz doch aus der ratio derselben ableiten; doch wird vorausgesetzt, daß der *legitimus contradictor* sich im Prozesse keine Nachlässigkeit zu Schulden hat kommen lassen (41).

Oft führt man auch noch an, daß gerichtliche Präjudicia auch dritten Personen nachtheilig würden. Allein nicht die *res judicata* eigentlich ist es, welche ihre Einwirkung auf andere Personen, als die *litigantes*, erstreckt, sondern erst die noch hinzukommende Voraussetzung ei-

(40) Leyser spec. 471.

(41) Brunemannus ad L. 25. de statu hom. (5. 1.)

nes Gewohnheitsrechtes, als eines nicht konkreten, sondern generellen Gesetzes, ist es, welche diese Einwirkung bewirkt.

4) Gewöhnlich stellt man die Behauptung auf, die Rechtskraft erstrecke sich nur auf das Inland (42). Allein der im Allgemeinen dafür angeführte Grund, daß die gesetzgebende Gewalt eines Staates nur auf die Gränzen ihres eigenen Staates sich beschränke, folglich auch das konkrete Gesetz des Richters nur innerhalb des einen Staates gelten könne, ist falsch, da dem Privat- und Völkerrechte Voraussetzungen bekannt sind, wo den Gesetzen des einen Staates auch in den Gränzen eines andern verbindliche Kraft und rechtliche Wirkungen zustehen (43). Es wäre also inkonsequent, wenn man dem allgemeinen Gesetze des Auslandes seine Wirkung einräumen, seinem besonderen Gesetze aber d. h. der *res judicata* dieselbe versagen wollte. Nur muß das erkennende fremde Gericht nach den Gesetzen des einheimischen Staates kompetent gewesen seyn; auch können aus politischen Rücksichten mehrere Beschränkungen zum Vor-

(42) Linde Lehrbuch §. 170. not. 10. Kiliani Betrachtungen über die Exekution. Würzburg 1828. S. 28.

(43) Zachariae Quaest. N. I.

theile der inländischen Unterthanen durch die positiven Gesetze verordnet werden (44).

Die Wirkungen der Rechtskraft bestehen darin, daß ein rechtskräftiges Urtheil ohne weiteres vollstreckt werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung materiell gerecht oder der Wahrheit gemäß ist, oder nicht. Auch kann ein rechtskräftig entschiedener Prozeß nicht mehr von vorne angefangen werden. Die *res judicata* ist das konkrete Gesetz, und muß daher auch die Wirkungen eines Gesetzes haben. Daraus folgt:

1) wie Niemand ein Gesetz durch Verträge ändern kann, so können auch die Parteien an dem konkreten Gesetze nichts ändern, also sich darüber nicht vergleichen; aber, wie man auf die in einem Gesetze eingeräumten Vortheile in der Regel verzichten kann, so kann auch der, zu dessen Gunsten die rechtskräftige Sentenz ausgefallen ist, zum Besten desselben einen Nachlaßvertrag eingehen (45).

2) Voet (46) ist zwar der Meinung, daß durch Renunciation die Wirkung der *res judicata* wieder aufgehoben werden könne, der Richter also, wenn der Beklagte die *exceptio rei*

(44) Feuerbach Themis. Nr. II.

(45) Arch. f. Civ. Prax. Bd. 8. N. XII. Bd. 9 N. V. et XXII.

(46) Comment. V. I. N. 47.

judicatae nicht entgegensetze, und er, der Richter, auch wisse, daß die Sache schon abgeurtheilt worden sey, doch aufs Neue entscheiden müsse. Der §. 5. I. de exc. (4. 13.), den man dafür citirt, paßt aber nicht; denn er spricht nur aus, daß die obligatio durch die res judicata nicht ipso jure aufhöre.

Erwägt man aber, daß, wenn der Richter contra rem judicatam sprechen würde, seine sententia, wie eine contra jus in thesi nichtig (47), sonst aber unnütz wäre, der Richter aber auf Verhütung von Nichtigkeiten von Amtswegen bedacht seyn muß, und kein Spielball in den Händen der Parteien seyn darf, so wird man Voet's Meinung verwerfen müssen. Irrig läßt v. Almendingen (48) einen neuen Ausspruch des Richters in der von den Parteien erbetenen Qualität eines Schiedsrichters zu; denn, da Vergleiche gegen rechtskräftige Erkenntnisse nichtig sind, so müssen es auch Schiedsrichtersprüche seyn, und wie könnte der Staat dulden, daß sein Richter durch einen neuen Ausspruch das Pater peccavi! ausspräche, und bekenne, gegen das materielle Recht gefehlt zu haben.

(47) L. 1. C. quando provoc. (7. 64.) Cap. 20. X. de sent. et re jud.

(48) Metaphysik des Civilproz. S. 175.

§. 4.

4. Geschichte der Rechtskraft. (49)

Die oben angegebenen Bedingungen und Wirkungen der Rechtskraft finden sich auch im römischen Rechte, ohne daß über die allmähliche Entstehung dieser Rechtssätze bestimmte Data sich angeben ließen. Nur folgendes verdient hier besonders hervorgehoben zu werden:

Obschon nach dem alten römischen Rechte, welches die bürgerliche Freiheit, die durch eine *condemnatio ad faciendum* würde beschränkt worden seyn, so hoch achtete, die Verurtheilung meistens auf eine bestimmte Geldsumme ging, (wo also eine eigene Liquidationsinstanz und damit eine Verzögerung der Exekution nicht nöthig war;) so durfte doch nicht sogleich der Betrag beigetrieben werden, sondern das prätorische Edikt sowohl, als die XII Tafeln gestatteten dem Schuldner noch eine Frist *ad expediendam pecuniam* (50). Wenn diese Frist nun fruchtlos verstrichen war, so konnte der Kläger nun wieder nicht sofort auf Exekution des Erkenntnisses antragen, sondern er mußte eine neue Klage, die *actio judicati*, anstellen. Diese war aber dadurch, daß sie immer eine

(49) Heffter Inst. de Civ. Proz. S. 257. Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Proz. III. Beitr. S. 118.

(50) Gajus Comm. III. §. 78.

actio perpetua und als rein persekutorisch auch gegen die Erben unbedingt zulässig war, begünstigt. Auch mußte der das Judikat läugnende und desselben überführte Beklagte das doppelte bezahlen (51), und später, wo diese poena dupli verschwand, mußte er es immer, wenn er es zur Actio judicati kommen ließ (52). Unter Antoninus Pius (53) wurde eingeführt, daß der Sieger entweder die actio judicati anstellen, und mit ihr die usuras centesimas fordern, oder auch nach Ablauf der Zahlungsfrist auf sofortige Exekution dringen, dann aber nur die in dem Judikate bestimmte Summe begehren konnte.

(51) Gajus Comm. IV. §. 9.

(52) L. un. C. Yh. de usur. rei jud.

(53) L. 31. de re jud. (42. 1.)

II.

Besonderer Theil.**Ueber die Rechtskraft der Interlokute.**

§. 5.

1) Begriff und Arten der interlokutorischen Erkenntnisse (54).

Man muß hier vor allem die s. g. interlocutiones merae von den Sentenzen unterscheiden. Unter interlocutiones merae — einfachen Dekreten — versteht man jede richterliche Entschliessung oder Verfügung, welche auf einseitigen Antrag einer Partei ohne Vernehmung des Gegentheils ergeht (55).

Von diesen interlocutiones merae soll im Verlaufe nicht weiter die Rede seyn, da es unbestritten ist, daß solche Dekrete der Rechts-

(54) Martin §. 106. Linde §. 167. Reinhard II. Bd. §. 315—320.

(55) Gönner Handb. I. 7. §, 24. Ders. Commentar über das k. b. Gesetz v. 22ten Julius 1819. S. 260.

kraft nicht fähig sind, weil gegen solche Dekrete die Vertheidigung bei dem nämlichen Richter geführt, und die Abhilfe von diesem in der nämlichen Lage des Streits getroffen werden kann. Würde auch bei diesen Dekreten die Rechtskraft und in Folge derselben eine Möglichkeit der Appellation eintreten, so würde durch die Zulassung solcher voreiligen Appellationen die Sache dem Erkenntnisse ersterer Instanz entzogen, dem Gegentheile die oft mögliche weitere Vertheidigung wider das Vorbringen des Appellanten abgeschnitten, und eine Appellation per saltum dergestalt zugelassen, daß ein Urtheil der dritten Instanz vorliegen könnte, ehe noch die erste entschieden hätte.

Unter Sentenz dagegen versteht man jene richterliche Verfügung, durch welche eine Frage bestimmt wird, über welche die beiden streitenden Theile bisher uneinig waren, und über welche die Einleitung getroffen ist, daß sie sich wechselseitig deßwegen vertheidigen konnten, mag dann dies wechselseitige Gehör wirklich erfolgt seyn, oder die eine Partei in contumaciam als gehört betrachtet werden können. Die Sentenzen theilt man nun wieder in Haupterkenntnisse, auch Endbescheide, Definitivurtheile genannt, welche das nämliche Resultat der Hauptstreitfrage aussprechen, d. h. den Beklagten entweder in das Objekt des Klaggesuchs

verurtheilen, oder ihn von der Klage lossprechen, und diese sind entweder bedingt, oder unbedingt, je nachdem der Richter unbedingt in der Hauptsache entschieden, oder seine Entscheidung durch eine auflösende oder aufschiebende Bedingung — die Leistung eines gesetzlichen Eides — bedingt, und von derselben abhängig gemacht hat — und in Neben- oder Zwischenbescheide, auch entscheidende oder gemischte Interlokute genannt, welche auf die Hauptstreitfrage Einfluss habende Vorfragen und Incidentpunkte entscheiden (56). Man nennt sie darum gemischte Interlokute, weil sie eines Theils entscheidend sind, andern Theils aber auch nur die Leitung und fernerweite gesetzliche Entwicklung des Prozesses bezwecken und

(56) Man muß hier wohl unterscheiden zwischen Incidentpunkte des Prozesses, und Incidentsachen bei einem Prozesse. Die erstern sind jene Streitpunkte, welche ohne das Daseyn eines Hauptstreites gar nicht vorhanden seyn können, und durch den Hauptstreit veranlaßt werden. Incidentsachen hingegen bestehen in solchen Streitgegenständen, welche, auch ohne den gegenwärtigen Prozeß, als ein besonderer Rechtstreit vorkommen können, daher nur zufällig bei einem andern Prozesse erscheinen. Gönner i. a. Comment. S. 265.

vorzeichnen, als Vorbereitung auf die künftige Hauptentscheidung (57).

§. 6.

2) In wie ferne sind interlokutorische Erkenntnisse der Rechtskraft fähig?

A. Historische Beantwortung (58).

Das römische Recht kennt keine Rechtskraft der Interlokute, indem es nur gegen Definitiv-Urtheile eine Appellation zulässt (59). Selbst auf solche Urtheile war das Rechtsmittel nicht anwendbar, welche eine Exception verwarfen, oder einen andern Artikel entschieden, (also in soferne definitiv waren), der keine eigentliche präjudicielle Nebenfrage darstellte. Nur in der Exekutionsinstanz, wenn der vollziehende Richter seine Befugnisse überschritt, durfte man noch zu dem Rechtsmittel schreiten; jede Berufung in einem sonstigen Falle war mit 50 Pfund Silber verpönt (60). Als Grund gibt der Kaiser an: „ne contra medii temporis interlocutionem, data appellatione, mora injicia-

(57) Gensler im Arch. f. Civ. Prax. IV. Bd. S. 190.

(58) Heffter Inst. des Civilproz. S. 456. 481.

(59) L. 1. C. de jud. (3. 1.) L. 16. C. de sent. (7. 45.) L. 36. C. de appell. (7. 62.)

(60) L. 21. C. de appell. (7. 62.) L. 5. C. quor. appell. non rec. (7. 65.)

tur dilationibus.“ (61) Auch konnte bei den Römern das Bedürfnis einer Rechtskraft der Interlokute darum weniger fühlbar seyn, weil der römische Prozeß die wichtigste Art derselben, die Beweisinterlokute, und ein eigenes Beweisverfahren, nicht kannte (62).

Die Päpste, bemüht durch das jus devolutionis die Grenzen ihres Wirkungskreises möglichst zu erweitern, gestatteten auch gegen Interlokute die Appellation (63); das Concilium zu Trident beschränkte jedoch dieselbe auf solche Nebenerkenntnisse, welche die Wirkung eines Endurtheiles haben, aber nur rücksichtlich „causae omnes ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes (64).

Die Kammergerichtsordnung von 1555 (65) und der jüngste Reichsabschied (66) ließen aber wieder gegen alle Arten von Nebenurtheilen die Appellation zu.

§. 7.

B. Dogmatische Beantwortung.

Die dogmatische Beantwortung der Frage

(61) L. 36. C. de appell.

(62) Heffter a. a. O. S. 349.

(63) Cap. 60. X. de appell. (2. 28.) Cap. 1. de appell. in 6to. (2. 14.)

(64) Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. Cap. 20.

(65) 3ter Th. 31. Absch. §. 10.

(66) §. 58.

im Allgemeinen ergibt sich aus dem Schlusse des vorigen Paragraphen von selbst.

Allein eine Frage, welche äußerst bestritten ist, muß hier vorzüglich hervorgehoben werden, nämlich die Frage: Ob der Richter an das rechtskräftig vorgeschriebene Beweisthema auch dann, wenn es mit einem Mangel behaftet ist, sich halten muß, oder ob demselben über die Zweck- und Rechtmäßigkeit des vorgeschriebenen Beweissatzes ein freies Urtheil zustehe. Als solche wesentliche Mängel einer Beweisaufgabe können folgende Fälle angeführt werden (67):

1) wenn den zum Beweise ausgesetzten, erheblichen, das richtige Beweisthema völlig erschöpfenden Thatsachen unerhebliche beige- mischt sind;

2) wenn lauter unerhebliche Fakta zum Beweise aufgestellt sind;

3) wenn die Beweisaufgabe zwar lauter erhebliche Thatumstände enthält, wodurch aber

(67) Götz im Arch. f. Civ. Prax. VI. Bd. S. 162.

Er theilt aber Nr. 3. in 2 Glieder, und sagt, wodurch entweder das wahre Beweisthema nicht erschöpft oder im Gegentheile überladen ist. Aber welche Logik! ein Faktum, welches das Beweisthema überladet, ist unerheblich, also gehört der Fall zu 1).

das wahre Beweisthema gleichwohl nicht erschöpft ist.

Die Meinungen der Rechtslehrer sind über diese Frage sehr getheilt. Mevius behauptet (68), daß, wenn ein Richter mehrere Facta konjunktim zum Beweise auferlegt habe, der erkennende Richter den Sieg dem Producenten nicht zusprechen könne, wenn er auch alle Facta bis auf ein beigemischtes unerhebliches erwiesen habe, (der Fall sub 1). Sein Hauptgrund ist: „Jus alteri parti quaesitum est, et perinde habendum atque si pronunciatum ad causae justitiam id esse necessarium, nec sine eo intentionem justam.“ Pufendorf (69) dagegen lehrt, daß selbst nach rechtskräftiger Sentenz eine völlig überflüssige oder irrelevante Beweisführung und insbesondere ein überflüssiger Eid zu verwerfen sey, da in einem solchen Falle das Erkenntniß nichtig sey; blos weil der Richter die Pflicht habe, den Prozessen ein Ende zu machen; denn darum werde er aufgestellt, weil er also alles, was der Unterrichter auf eine fehlerhafte und grundlose Weise zugelassen habe, was den Prozeß verschleppen könne, als Oberrichter ex officio abändern und sogar in pejus reformiren müsse. Auch lehrt der-

(68) Dec. II. dec. 301.

(69) T. II. obs. 109. 119.

selbe (70), daß der Richter selbst nach rechtskräftigem Interlokute, wenn sich nur bisher noch nicht diskutierte relevante Umstände ergäben, das Beweisthema auf diese erweitern könne. Struben (71) lehrt, daß der definitiv erkennende Richter den Beweis, dessen Irrelevanz allererst, nachdem er geführt worden, sich herausstelle, verwerfen, und den Rechten gemäß seine Sentenz erlassen müsse, da hier von einem *jus quaesitum* die Rede nicht seyn könne. Von Tayener (72) stellt den Satz auf, ein Richter müsse bei dem Definitiverkenntnis nicht zu streng an den Worten des Beweisthema kleben, da die Bestimmung der Beweissätze nur die Absicht habe, den Ausschweifungen vorzubeugen, und eine Anleitung zur Beweisführung zu geben. Deshalb könnten, wenn die Irrelevanz oder Ueberflüssigkeit des ganzen Beweises oder einiger Umstände, worauf der Beweis mitgerichtet worden, sich erst nach der Beweisführung ergäben, diese Umstände keinen Einfluss auf das Definitiverkenntnis haben, da sonst mancher *fato processus* um sein Recht kommen würde. Weber (73) dagegen lehrt:

(70) T. I. obs. 54.

(71) Rechtl. Bed. IV. Bed. 73. §. 2. Entsch. N. 4. 5.

(72) Theorie der Beweise. S. 44.

(73) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 29.

„Das Erkenntniß auf Beweis bringt allemal
 „so viel mit sich, daß die Ansprache oder
 „Befreiung, derentwegen der Beweis gefor-
 „dert wird, nicht als schon völlig gerechtfertigt,
 „aber auch nicht an sich unbedingt als
 „ungegründet und verwerflich zu betrachten
 „ist, sondern, daß die Entscheidung der Sa-
 „che nun von der Wahrheit oder Unwahrheit
 „der zum Beweise ausgesetzten Thatumstän-
 „de abhängig wird. Hieraus folgt also:

„a) der Beweisführer darf sich nichts an-
 „ders als relevante Thatfachen zum Beweise
 „aufdringen lassen. Aber auch

„b) der Gegner ist nicht schuldig, daß ei-
 „ne Sache, die wider ihn keinen rechtlichen
 „Erfolg haben kann, demnach zum Beweise
 „ausgestellt werde. Denn durch das Be-
 „weisinterlokt legt der Richter
 „den Thatfachen, wovon es redet,
 „eine günstige Wirkung für den Be-
 „weisführer bei. Läßt der Gegner
 „sich dies gefallen, so muß er nach-
 „her auch leiden, daß die Sache nun
 „nach den Folgen, die diesen That-
 „sachen zugestanden worden sind,
 „entschieden werde. Um dies zu
 „verhüten, wird er suchen müssen,
 „die Rechtskraft des Beweisinterlo-
 „kuts zu hintertreiben.“

Gö n n e r (74) stellt den Satz auf, daß der Richter nicht nur das Beweisthema durch ein Urtheil festsetzen, sondern auch einen irrelevanten Beweis von Amtswegen verwerfen müsse, und bemerkt dabei, daß er nur im Falle eines ausdrücklichen Verzichtes davon eine Ausnahme zulasse, verwirft aber später (75) die Ausnahme wieder, und beruft sich auf Pufendorf's angeführte Meinung.

Gensler (76) von dem Satze ausgehend, daß der Verzicht das Princip der Rechtskraft sey, leitet daraus folgende Sätze ab:

1) Das an sich klare, physisch und moralisch erweisbare, contra bonos mores und die Vernunft nicht anlaufende, wenn gleich vor eingetretener Rechtskraft des Beweisinterlokutes, irrelevante Beweisthema wird mit dem Beweisinterlokut rechtskräftig.

2) Wenn dem ganz vollständigen Beweisinterlokute auch noch irrelevante Thatsachen hinzugefügt seyen; so könne jenes superfluum zur Seite gestellt werden, weil schon der Beweis jenes vollständigen richtigen Beweisthemas das Endurtheil vollkommen begründe.

4) Das den Beweis einer inepten Klage

(74) Handbuch I. 10 §. 20.

(75) A. a. O. III. Bd. S. 166.

(76) Im Arch. f. Civ. Prax. I. Bd. S. 362.

zulassende Beweisinterlokt werde nicht rechtskräftig.

4) Bei einem an sich nicht impertinenten aber unvollständigen Beweisthema tritt die Rechtskraft ebenfalls, aber nur in der Regel ein.

Linde (77) und Martin (78) lehren dagegen, daß nur offenbar unerhebliche Beweisaufgaben die Rechtskraft nicht erlangen, andere, für den Beweisführer oder dessen Gegner nachtheilige Bestimmungen des Beweises hingegen durch die Rechtskraft eine unabänderliche Richtschnur werden. Mittermaier (79) ist unbedingt für die Rechtskraft der Interlokute, ohne irgend eine Art von Distinktionen zuzulassen. Es scheint nun allerdings diese Meinung Mittermaiers von der unbedingten Rechtskraft der Beweisinterlokute, welcher nun auch Reinhardt (80) beigetreten ist, oder die dieser vielmehr aus Unkenntniß der Litteratur zuerst aufgestellt zu haben sich rühmt, die richtige zu seyn. Denn der gemeine teutsche Prozeß hat einmal die Appellation gegen Interlokute als zulässig erkannt, folglich

(77) Lehrb. §. 245.

(78) Lehrb. §. 180.

(79) Der gem. deutsche bürgerl. Proz. II. Beitr. S. 137. Archiv f. Civ. Prax. IX. Bd. S. 136.

(80) Handbuch. I. Bd. S. 270.

tritt auch bey ihnen die Rechtskraft ein. Nach der Theorie und Praxis werden die rechtskräftigen Interlokute als bedingte Verurtheilungen, Freisprechungen oder Abweisungen betrachtet, und daher kann das Definitiverkenntniß bloß als ein Produkt des Eintritts oder Verfehltseyns dieser Bedingung angesehen werden, mithin nur die künftige Purifikation des Zwischenurtheils zum Gegenstande haben (81). Der Obersatz des richterlichen Erkenntnisses und die Consequenz sind bereits vom interloquierenden Richter angegeben, der Mittelsatz ist hypothetisch aufgestellt, und der definitiv erkennende Richter hat nur darauf zu sehen, ob der hypothetische Satz sich in einen kategorischen verwandelt hat, nicht aber, ob die bereits vorgezeichnete Consequenz eintrete. Diese Consequenz mag nun vielleicht eine falsche seyn gleich da, wo sie gezogen wurde, oder sie mag als eine solche erst durch die nähere Entwicklung der faktischen Umstände in dem Beweisverfahren selbst sich darstellen, beides aber kann nichts an der Rechtskraft des Beweisinterlokutes ändern; im ersteren Falle hätte dagegen das Rechtsmittel der Appellation ergriffen werden sollen, im letzteren wird die nachgesuchte und ertheilte re-

(81) Hagemester praktische Erörterungen
VII. Bd. N. 126.

stitutio in integrum ex capite novorum das formelle Recht, das hier materielles Unrecht wäre, wieder aufheben. Nur ist hier noch zu bemerken:

1) daß eine in sich selbst unschlüssige oder sonst mit einem unheilbaren Fehler behaftete Klage oder Einrede, dadurch, daß der Richter diesen Fehler übersehen und auf Beweis derselben interloquirt hat, von diesem Fehler nicht geheilt werde, sondern sie muß im Definitivurtheile ungeachtet des auferlegten und geführten Beweises, noch angebrachtermaßen, oder, wenn z. B. der Klagegrund gar ein verbotener war, pure abgewiesen werden. Denn es gilt hier der Rechtssatz: *quod initio non valuit, non potest tractu temporis convallescere*, dessen Anwendung hier auch nicht durch die Natur der Rechtskraft ausgeschlossen wird, da eine solche bei einer mit einer unheilbaren Nullität behafteten Sentenz nicht wirken kann (82).

2) Auch da, wo es auf eine quantitative Bestimmung des Streitgegenstandes ankommt, wird dadurch, daß auf Beweis erkannt wurde, ohne daß etwas über die gebotene Summe bestimmt ist, die richterliche Ermäßigung nicht ausgeschlossen, z. B. bei der *actio injuriarum aestimatoria*; denn es deutet darauf schon die

(82) Archiv f. Civ. Prax. VII. Bd. S. 431.

Formel, „es würde ergehen, was Rechtens sey“ (83); es ist also auch überflüssig und sogar ungeschickt, in einem solchen Falle nebst dem Beweise des Faktums, auch noch, wie es häufig geschieht, den darüber zu fordern, daß man wirklich x fl. für solche Beleidigung fordern könne, oder daß man nicht x fl. nehme, und lasse sich einen solchen Affront noch einmal von Jemanden anthun.

§. 8.

C. Legislative Beantwortung.

Die Verschiedenheit der Ansichten über die dogmatische Beantwortung der Frage von der Rechtskraft irrelevanter Beweisinterlokute mußte natürlich auch zu einer Verschiedenheit der Meinungen über den legislativen Werth der einer Rechtskraft fähigen Beweisinterlokute überhaupt führen. Und zwar ist diese Frage nicht bloß ein Gegenstand des wissenschaftlichen Streites geblieben, sondern es haben die neuen Gesetzgebungen sich bald für die eine, bald für die andere Partei erklärt. Der französische Prozeß kennt, wie der deutsche Prozeß, ein Beweisinterlokut (*jugement interlocutoire*) (84), aber ohne eine *ipso jure* peremptorische Beweisfrist,

(83) Reinhard a. a. O. S. 270.

(84) Code de proc. Art. 254.

wohl aber mit Appellabilität (85), nur hat der Gerichtsgebrauch den Satz angenommen: „Interlocutoire ne lie pas le juge (86).“

Die österreichische Gerichtsordnung (87) kennt das Institut der Beweisinterlokute nicht, indem dort eine Anticipation des Beweises ohne richterliche Bestimmung Statt findet, mit einziger Ausnahme des Beweises durch Zeugen, den man nur dann antreten darf, wenn er einem durch richterliches Erkenntniß auferlegt wurde.

Die preussische Gerichtsordnung machte zuerst den Versuch der Verbannung der Beweisinterlokute. Nämlich in der Darstellung des Status causae et controversiae d. i. dem Resumé, oder der synoptischen Darstellung dessen, was von den thatsächlichen Verhältnissen der Rechtsache eingeräumt, was noch streitig, und was davon durch Beweis zu ermitteln ist, bezeichnet der Instruent die Punkte, welche ihm als erheblich und durch Beweis auszumitteln scheinen, und sucht sich darüber mit den Parteien zu vereinigen (88). Findet eine Vereinigung nicht Statt, so muß die Sache dem Kollegium vorge-

(85) C. de proc. Art. 451.

(86) Cané, traités et quaestions de la proc. civ. tit. II. p. 35.

(87) §. 104 et 106. §. 136.

(88) G. O. Tit. X. §. 43.

tragen werden (89), und bei dem Schlusse desselben über das, was durch Beweis auszumitteln sey, muß es für diese Instanz lediglich sein Bewenden haben, und es findet dagegen keine Appellation Statt. Inzwischen ist der Richter daran bei Abfassung des Erkenntnisses nicht schlechterdings gebunden; sondern es steht demselben auch dann noch frei, wenn bei der erfolgten nähern Entwicklung der Sache sich findet, daß ein bisher als unerheblich angesehenen und daher unerörtert gelassener Umstand gleichwohl auf die richtige Entscheidung Einfluß habe, die nähere Ausmittlung zu verfügen. Auch bleibt in den ferneren Instanzen den Parteien wegen der in dem vorigen Erkenntnisse als unerheblich verworfenen und übergangenen Umstände die Wahrung ihres rechtlichen Interesses vorbehalten (90).

Das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen für die Stadt und Republik Bern (91) läßt den Beweisführer die Thatsachen, welche er zu beweisen gedenkt, (Be-weissätze) bestimmt angeben, worauf der Richter bloß den Beweisführungstermin festsetzt, kennt also keine Beweisinterlokute. Das Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen über das

(89) G. O. a. a. O. §. 47.

(90) G. O. a. a. O. §. 57.

(91) Satz. 172 et 173.

Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen bei den Land- und Stadtgerichten (92) bestimmt, daß das Urtheil entweder endlich entscheidend, oder einen Eid verfügend, oder dem einen oder dem andern Theile einen Beweis auflegend sey, und daß in allen drei Fällen gegen dasselbe in appellablen Sachen die Berufung an den höheren Richter Statt finde, daß jedoch in dem dritten Falle dies nicht sogleich nothwendig sey, indem die Berufung von der Beweissentenz auch mit der von der dereinstigen Sentenz verbunden werden darf, ohne daß weder gegen die eine, noch gegen die andere Partei im Geringsten etwas Nachtheiliges aus dem Versuche des auferlegten Beweises gefolgert werden könnte, und ohne daß es deshalb einer Rechtsverwahrung bedürfe.

Nach dem Organisations-Edikte über die Rechtspflege in den untern Instanzen im Königreiche Württemberg (93) wird in der Regel kein eigentliches Beweiserkenntnis ausgesprochen, sondern es werden, unter Zugrundelegung des *status causae et controversiae* die beiden Theile am Schlusse des ersten Verfahrens bestimmt aufgefordert, in einem möglichst kurzen peremptorischen Termine die bisher noch nicht

(92) Art. 35.

(93) §. 103—106. §. 121—125.

benützten Mittel, wodurch die Wahrheit ihrer sich widersprechenden Behauptungen in Absicht auf die vom Richter als erheblich ausgezeichneten Umstände an den Tag gebracht werden kann, dem Oberamtsgerichte anzuzeigen, und, soweit es von ihnen abhängt, in dessen Hände zu bringen. Diese Aufforderung ist jedoch für die Endentscheidung sogar in der ersten Instanz nicht präjudiciell. Sie wird an beide Theile auf gleiche Weise gerichtet, keine Partei wird dabei, als ob ihr der Beweis vorzugsweise obläge, bezeichnet; sondern dann erst, wenn am Ende bei der Beurtheilung des ganzen Rechtsstreites der Beweis solcher Thatumstände, worüber nicht nur die Aufforderung an die Parteien ergangen ist, sondern welche auch das Gericht nur als die eigentlich entscheidende erkannt, nicht genügend erscheint — dann erst wird eine Untersuchung darüber, welchem Theile dieser Beweis eigentlich obgelegen hätte, angestellt, und hierauf wird, ohne ein neues Beweiserkenntniß, die Endentscheidung gegründet. Durch jene Aufforderung ist aber auch das Oberamtsgericht bei der Entscheidung in seinem Urtheile darüber, von welchen That-sachen solche abhängen solle, nicht gebunden. Erwiesene oder wenigstens in das Beweisdekret aufgenommene Umstände können also von dem Richter doch noch als unerheblich beseitiget,

und dagegen andere von den Parteien vorgebrachte oder sonst in den Akten liegende, von dem Richter aber bisher nicht beachtete Umstände den Parteien noch eben so, wie es schon bei der Einleitung des Beweisverfahrens hätte geschehen sollen, zum Beweise hingestellt werden.

Wenn nun vor der Erlassung des Enderkenntnisses die Partei in der ihr gestatteten Rechtsausführung Gewicht auf Thatsachen legt, welche zwar bisher schon vorgebracht, aber vom Richter, weil sie ihm unerheblich schienen, nicht gehörig beachtet worden, und daher nicht ins Klare gesetzt worden sind; so hat sie zugleich auch die Mittel zur Erweisung jener Behauptungen anzugeben. Scheinen nun diese Thatsachen dem Richter richtig, sind sie aber nicht nur von dem andern Theile widersprochen, sondern auch nach allen Umständen unerweislich, so wird dadurch die Entscheidung der Rechtssache nicht aufgehalten, aber in der Form einer resolutiven Bedingung der Partei, gegen welche hier erkannt wird, noch Beweis nachgelassen. Was die Appellation betrifft, so ist bestimmt (94), daß durch eine gültige Appellation in Absicht auf diejenigen Theile des Erkenntnisses, worüber sie ergriffen wurde, die

(94) §. 157.

ganze Sache an den höhern Richter gebracht wird; und dieser hat nun, ohne Rücksicht auf die Zeit der einzelnen Dekrete und Bescheide, die Gesetzmäßigkeit des Rechtsganges in erster Instanz eben so wohl, als die Consequenz und Richtigkeit des Haupturtheiles zu prüfen. Dadurch können also noch alle der einen oder der andern Partei im Laufe des Prozesses vom Richter zugefügten Beschwerden wieder aufgehoben, und zwar kann sogar, wenn nach dem einem Haupturtheile in resolutiver Form beigelegten Beweiserkenntnisse der Beweis mit oder ohne Erfolg versucht, und wenn dann erst gegen die unbedingte Hauptentscheidung Appellation ergriffen worden ist, das Beweiserkenntniß selbst sowohl vom Producenten als Produkten noch zum Gegenstande einer Beschwerde gemacht werden.

Der bayrische Entwurf der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom Jahre 1827 bestimmt (95):

„Der Beweis kann nicht freywillig, sondern
 „nur in Folge einer richterlichen Auflage an-
 „getreten werden. — Ein förmliches Erkennt-
 „niß auf Beweis findet nicht Statt, wohl aber
 „ein nach Gerichtsbeschluss zu erlassendes
 „Beweisfestsetzungs-Dekret, in welchem ge-

(95) §. 393—398.

„nau bestimmt werden muß, von wem, wor-
 „über, und in welcher Frist der Beweis zu
 „führen ist. Das Beweisfestsetzungsdekret
 „wird nicht rechtskräftig. Selbstständige Be-
 „rufung gegen dasselbe findet nicht Statt.
 „Ist einer Partei auferlegt worden, unerheb-
 „liche oder ihr zum Beweise nicht obliegen-
 „de Sätze zu beweisen, so kann sie ohne
 „Gefahr die Beweisführung unterlassen. Sie
 „kann, wenn auch gegen sie das Urtheil er-
 „geht, in der Appellation noch ausführen,
 „daß sie zu beweisen nicht schuldig gewe-
 „sen sey. Eine Partei, wenn sie auch über
 „dergleichen Sätze den Beweis zu führen
 „versucht aber nicht hergestellt hat, leidet da-
 „durch keinen Nachtheil, und sie kann nach-
 „her selbst noch in einer höheren Instanz
 „darthun, daß der Beweissatz unerheblich
 „sey, oder daß ihr dieser Beweis gar nicht
 „obgelegen. Wenn auch eine Partei die un-
 „erheblichen zum Beweise ausgesetzten Punk-
 „te wirklich beweist, so ist dieses dem Ge-
 „gentheile gleichwohl unnachtheilig. Wenn
 „über erhebliche Punkte der Beweis nicht
 „aufgelegt wurde, so ist dieses beiden Thei-
 „len unschädlich.

„Die erkennenden Gerichte aller Instan-
 „zen sollen das Fehlerhafte, was sich bei er-
 „gangenen Beweisaufträgen findet, verbessern,

„das Unnöthige und Ueberflüssige unberücksichtigt lassen, und das Mangelhafte durch neue Festsetzungsdekrete ergänzen.“

Dagegen bestimmt der revidirte Entwurf der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsreigkeiten für das Königreich Bayern (96):

„Der Beweis kann nicht freywillig, sondern nur in Folge einer richterlichen Auflage oder gesetzlichen Bestimmung angetreten werden.

„Der Beweis wird durch förmliches Urtheil auferlegt.“

Um nun diese verschiedenen Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen gehörig in dem Folgenden würdigen zu können, sind folgende Fragen aufzuwerfen und zu beantworten:

I. Soll überhaupt der Beweissatz durch richterlichen Beschluss bestimmt werden?

II. Soll dieser Beschluss rechtskräftig werden?

Ad I. In Bezug auf die erste Frage sind drei verschiedene Systeme möglich (97), nämlich:

1) Die Parteien bestimmen den Beweissatz, und zwar

a) der Beweis muß von den Parteien schon

(96) §. 219.

(97) Die Motive zum revid. Entw. d. Proz. Ordn. S. 134. geben 5 Systeme an, welche aber das Ganze nicht erschöpfen.

mit den ersten Verhandlungen angetreten werden, und zwar entweder schon mit der Klage und Exception, oder mit der Re- und Duplik, und zwar so, daß nicht bloß die Wirkung der freiwilligen Beweisanticipirung, sondern die peremtorische Wirkung eines vom Richter auferlegten Beweises eintritt. Dieses ist das System, welches Gönner in seinem Entwurfe (98) vorschlug, oder

b) der Beweis wird erst nach verhandelter Sache angetreten, wobei der Richter nur die Beweisfrist bestimmt. Dies ist das System des Berner Gesetzbuches (99), oder

c) die Parteien können mit der Re- und Duplik den Beweis antreten, ohne daß das Gericht von Amtswegen Einschreitungen wegen Verbesserungen des Beweisthema machen darf. Dies ist das System der bayerischen Novelle vom 22. Juli 1819 (100).

2) Die Parteien und der Richter tragen zur Bestimmung des Beweissatzes bei. Dieses

(98) II. 6. 1. Cap.

(99) S. v. not. 91.

(100) §. 16 et 17. Irrig stellen die Verfasser der Motive a. a. O. dies als das System des gemeinen Rechtes dar; da nach diesem der anticipirte Beweisantritt bloß ein unschuldiger Versuch ist. Mittermaier im Arch. Bd. I. Nr. VIII. et XV.

ist wieder auf dreyfache Art möglich, nämlich dadurch, daß

a) die Parteien zwar schon während der Verhandlungen den Beweis antreten können, dem Gerichte jedoch nach dem Schlusse der Verhandlung die Rectificirung des Beweisthema übrig bleibt. Dieses ist das System des gemeinen Rechtes, oder

b) dadurch, daß einige Beweismittel, wie der Beweis durch Urkunden und Eideszuschreibung, sogleich bei Strafe des Verlustes mit der Schrift, worin die zu erweisende Thatsache behauptet wird, vorgebracht werden müssen, bei andern aber, dem Zeugenbeweise, das richterliche Interlokut abzuwarten ist. Dies ist das System der Oestreichischen Gerichtsordnung (101), oder

c) dadurch, daß der Beweis nicht eher angetreten wird, als bis die Parteien entweder mit dem Instruenten übereingekommen sind, von wem, und was zu erweisen sey, oder bis in Ermanglung solcher Uebereinkunft das Gericht den Streit geschlichtet hat. Dies ist das System des Preussischen Prozesses.

3) Bloß der Richter hat den Beweis zu bestimmen, indem derselbe nicht eher angetreten werden darf, als bis derselbe das Beweisde-

kret erlassen hat. Die Anticipation des Beweises und in Folge dessen die Anheimstellung des Beweissatzes in die Willkühr der Parteien haben zwei vorzügliche Vertheidiger gefunden in Gönner (102) und dem Grafen von Arco (103), Gegner dagegen in Mittermaier (104), Puchta (105) und den Verfassern der Motive zu dem revidirten Entwurfe.

Die Hauptvorthelle der von ihm vorgeschlagenen Einrichtung findet Gönner in Folgendem:

1) es gewinne dadurch der Prozeß an rascherem Gange, indem die nach gemeinem Rechte vorkommenden Interlokute viele Monate forderten, bis man zu ihrer Fällung komme;

2) es liege ein offenkundiges Ersparniß darin, daß die Beweisaufnahme schon mit dem Vorbringen der Thatfachen geschehe,

3) das mit keinem Beweise belegte Vorbringen sey ein Reiz zum Lügner, die neue

(102) Motive zu seinem Entwurfe S. 301.

(103) Von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen zu der dritten Instanz u. s. w. München 1822. 8.

(104) Im Arch. f. Civ. Prax. I. Bd. S. 202. der gem. deutsche bürg. Proz. II. Beitr. Nr. VIII.

(105) Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis I. Bd. Abh. XII.

Vorschrift aber vermindere muthwilliges Abläugnen.

4) Der dagegen zu erhebende einzige Einwand, dafs die Mühe der Parteien durch die neue Vorschrift ohne Noth vermehrt werde, wenn der Gegner das Faktum zugestehe, sey bei den vielen übrigen Vortheilen keiner Beachtung werth.

Allein man wird diese Einwürfe nicht für unwiderleglich halten, wenn man erwägt,

ad 1) dafs an der angeführten Verzögerung nicht die Beweisinterlokute, sondern vielmehr die ungeschickte Prozedurdirektion im ersten Verfahren Schuld ist, nach welcher auch da, wo nichts zu dupliren ist, doch die Replik ad duplicandum hinausgegeben wird.

Ad 2) Das Ersparnifs ist so grofs nicht, wenn man bedenkt, dafs, um ganz sicher zu seyn, jeder Kläger für alle Sätze, die er anführt, lieber sogleich für den möglichen Fall des Abläugnens den Beweis anführen mufs, wodurch dann bey verwickelten Prozessen eine unnöthige Weitläufigkeit und Verwirrung entsteht, welche die Uebersicht der wahrhaft ungenießbaren und gehäuften Verhandlungen erschwert.

ad 3) Wenn man auch nicht geradezu behaupten will, dafs durch die neue Einrichtung das Läugnen noch mehr begünstiget werde, da

der Beklagte, gegen den eine noch nicht mit Beweisen unterstützte Klage eingereicht werde, immer noch befürchten müsse, daß der Kläger viele und starke Beweise im Hinterhalte habe, und daher nicht zu läugnen wage, da er nicht wisse, was noch kommen werde, wohingegen die Schwäche der von dem Kläger gleich bei dem ersten Angriffe vorzulegenden Waffen den Beklagten erst zum Lügen bringen werde, so ist doch so viel gewiß, daß das Lügen bei der neuen Einrichtung wenigstens nicht seltener vorkommen werde, als bei der bisherigen.

Ad 4) Nicht geringe sind die Beschwerlichkeiten des neuen Verfahrens, wo die Parthey selbst den Beweissatz bestimmen soll. Gilt doch der Grundsatz: *Judici fit probatio*, und wird doch dieser durch das neue Verfahren sehr verletzt. Wenn wir ein einfaches Gesetzbuch hätten, wenn für uns das Notariatsinstitut und dadurch die Häufigkeit des Urkundenbeweises eingeführt, und wenn die Frage, wer den Beweis zu führen habe, und was zu beweisen, so leicht und nicht so äußerst schwierig selbst für Rechtsgelehrte sey, dann möchte sich die gänzliche oder theilweise Anheimstellung der Bestimmung des Beweisthema in die Willkühr der Parteien rechtfertigen; so lange aber dies nicht der Fall ist, wird die Bestimmung des

revidirten Entwurfes durchaus den Vorzug verdienen.

Es übrigst nun noch ad II. die Frage zu beantworten: Soll, wenn doch der Beweis durch einen richterlichen Beschlufs festgesetzt werden soll, dieser Beschlufs rechtskräftig werden?

Für die Verneinung dieser Frage haben sich ausgesprochen die Referenten in den Bemerkungen zu dem Edikte über die Rechtspflege in den unteren Instanzen im Königreiche Württemberg (106), Graf v. Arco (107), und Puchta (108). Für die Bejahung dagegen Mittermaier (109), v. Hinsberg (110) v. Zu-Rhein (111) und die Verfasser der Motive zu dem revidirten Entwurfe (112).

(106) S. 41.

(107) S. not. 103.

(108) S. not. 105.

(109) Der gemeine deutsche Proz. II. §. VII. III. Beitr. S. 34. jedoch hier mit einer Modifikation, die unten näher angeführt und gewürdigt werden soll. Arch. f. Civ. Prax. IX. Bd. S. 135, jedoch auch hier nicht unumwunden.

(110) Bemerkungen über den Entwurf der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für Bayern von 1825. München 1827. S. 16.

(111) Beiträge zur Gesetzgebung 1tes H. S. 13.

(112) S. 139.

Die Hauptgründe, welche die Vertheidiger der bloßen Beweisdekrete anführen, sind:

1) In sehr vielen Fällen könnten rechtswidrige oder unpassende Beweisauflagen durch Unverstand, Leichtsinn oder Sorglosigkeit der Parteien oder ihrer Vertreter zur Rechtskraft gelangen, und die Wirkung nach sich ziehen, daß der höhere Richter, durch die Form gebunden, als Recht erkennen müsse, was seiner Ueberzeugung nach in der That unrecht sey.

2) Wie es in allen Dingen gehe, daß man hintennach viel besser sehe, als vorher, so sey es auch hier, und mit Schrecken müsse oft nachher der Richter die Entdeckung machen, daß die eigentlich entscheidenden Thatsachen von ihm gar nicht zum Beweise hingestellt werden.

3) Es gingen oft Monate, ja leider oft Jahre herum, bis endlich die Summe aller gegen das Intsrlokut zulässigen Rechtsmittel erschöpft sey.

Allein, wenn man auch zugeben muß, daß viele an und für sich irrelevante Beweisthemate rechtskräftig, und so zum formellem Rechte werden, wenn man auch annehmen muß, daß das Streben, dem materiellen Rechte den Vorzug vor dem formellen zu verschaffen, das schönste Streben einer jeden Prozeßordnung sey, so ist

doch immer die legislative Grundrücksicht in das Auge zu fassen, daß eine Vorschrift, die auch in einigen Fällen sich als gut bewährt, lieber zu unterlassen ist, wenn in der Mehrzahl der Fälle ihre Anwendung mit andern Nachtheilen oder Unbequemlichkeiten verbunden ist (113). Dies würde aber hier der Fall seyn, denn

1) gerade das Streben nach materiellem Rechte kann hier wieder zu vielen Chikanen von Seite der Anwälte, und zu leichtsinnigen Beweisdekreten, die ja kaum Wirkung haben, von Seite der Richter führen;

2) sollte das materielle Recht auf Kosten der Sicherheit und frühen Erlangung des förmlichen Rechtes begünstigt werden, so dürfte man bei dieser einzigen Vorschrift nicht stehen bleiben, sondern man müßte weiter gehen, alle präklusiven Fristen, alle Fatalien und alle Contumacialurtheile aufheben;

3) die Parteien müssen natürlich dem Richteramte mehr, als sich selbst und ihrem Anwalte trauen, sie werden daher auch in der Regel den ihnen auferlegten Beweis antreten. Werden nun, wie die Gegner sagen, wirklich so viele irrelevante oder unvollständige Beweise

(113) Mittermaier im Arch. f. Civ. Prax. XI. Bd. S. 446.

auferlegt, so werden nach ihrem neuen Systeme auch eben so viele geführt werden, und bei diesem letzteren Falle sind doch wahrlich die Kosten gröfser, ist der Zeitverlust stärker, als bei der blofsen Appellation gegen ein beschwerendes Interlokut.

4) Durch das neue System wird oft das Recht der dritten Instanz verletzt; indem sich in jeder Instanz das Faktum ändert, folglich auch das Erkenntniß des Oerrichters nicht mehr die blofse Prüfung des erstrichterlichen Erkenntnisses, nicht mehr zweites oder drittes, sondern blofs erstes ist, weil auf das unterstellte Faktum, wie es unterstellt nun dem Spruche vorliegt, noch kein Richter seine Thätigkeit geworfen hatte. Es übrigst nun noch zwei Vorschläge Mittermaiers in Bezug' auf diese Frage zu prüfen.

Das eine (114) geht dahin, das System des Hessischen Entwurfes (115) anzunehmen, und den Parteien es zwar zu gestatten, zu appelliren, ihnen aber auch zu erlauben, die Berufung bis zu der gegen das Endurtheil aufzuschieben. Allein so allgemein gestellt würde diese Bestimmung der Chikane nur Thür und

(114) Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. III. Beitr. S. 35.

(115) S. v. not. 92.

Thore öffnen. Man nehme den Fall: dem A wird der Beweis auferlegt, B findet sich beschwert durch die Normirung des Beweisthema, ist er jetzt chikanös, so läßt er den B seinen Beweis führen, und das Geld dafür ausgeben, und appellirt mit der Berufung gegen das Endurtheil zugleich wegen mangelhafter Normirung des Beweisthema. Es müßte also, um dies zu verhüten, die Bestimmung wenigstens so gefaßt werden:“ Hält sich der Produkt durch ein Interlokut für beschwert, so muß er sogleich die Berufung gegen dasselbe ergreifen, widrigenfalls es gegen ihn rechtskräftig wird; der Producent dagegen kann das ihn beschwerende Interlokut auch noch in der Berufung gegen das Endurtheil anfechten.

Der zweite Vorschlag (116) geht dahin:

1) den Parteien das Recht zu geben, im Falle sie sich durch das Beweisdekret beschwert glauben, bei dem nämlichen Richter ihre Gründe gegen das Dekret anzugeben, dem Gerichte aber, welches das Dekret fällte, zu erlauben, selbst wieder das Dekret abzuändern.

2) Vorzuschreiben, daß, wenn in oberster Instanz ein Beweisthema ausgesprochen wird, es dabei unabänderlich sein Verbleiben habe.

Das letztere ist ganz zu billigen, aber das

(116) Im Arch. f. Civ. Prax. IX. Bd. 138.

erstere würde zu nichts führen, als daß zu dieser Anfechtung coram iudice primae ein eigener Termin gegeben werden müßte, folglich die Dauer der Prozesse vermehrt, und ihre Kosten erhöht würden; da es weder zu erwarten, noch zu wünschen ist, daß ein Gericht so leichtsinnig Beweisinterlokute erlassen würde, um mit großer Bereitwilligkeit das „Pater! peccavi“ selbst auszusprechen.

erstere würde zu nichts führen, als daß zu die-
 ser Aufhebung voran jedine primäre ein eigener
 Termin gegeben werden müßte, folglich die
 Dauer der Prozesse vermehrt, und ihre Kosten
 erhöht würden; da es weder zu erwarten, noch
 zu wünschen ist, daß ein Gesetz so leicht-
 sinig Beweismittel erlassen würde, um mit
 großer Hastigkeit das „Patent process“
 selbst auszusprechen.

Friderich, Carl

Über die Rechtskraft im allgemeinen, und insbesondere bei
interlocutorischen Erkenntnissen Inaug.-Abh

Würzburg 1829

Diss. 2175,30

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10852758-7